Znak: ZOZ.V.010/DZP/70/24 Sucha Beskidzka dnia 15.07.2024r.

Dotyczy: **Dostawa produktów leczniczych w ramach programów lekowych - uzupełnienie VI.**

Dyrekcja Zespołu Opieki Zdrowotnej w Suchej Beskidzkiej odpowiada na poniższe pytanie:

**Pytanie nr 1:**

Zamawiający pod formularzem cenowym pakietu nr 2 stanowiącym załącznik nr 1a do SWZ (dalej: „**Załącznik**”) wskazał, iż:

*"Cena preparatu nie może przekraczać ceny współczynnikowej ustalonej przez NFZ"*

**Uzasadnienie:**

Użycie powyżej przytoczonego sformułowania w istotny sposób wpływa na treść oświadczenia woli Wykonawców biorących udział w Postępowaniu. Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający nie mają kompetencji w zakresie kształtowania cen ofert składanych przez Wykonawców, natomiast czynność polegająca na wpływaniu w jakimkolwiek zakresie na cenę zaoferowaną w przetargu przez Wykonawców należy zakwalifikować jako czynność mającą na celu ograniczenie uczciwej konkurencji i zaburzającą równość Wykonawców jako uczestników postępowania.

Działania Zamawiającego dopuszczalne w ramach ustawy PZP, w szczególności w zakresie ceny, są ściśle określone w treści ustawy i ujęte w jej ramy. Zamawiający są między innymi zobowiązani do badania kwestii rażąco niskiej ceny, co wynika z treści art. 224 ustawy PZP, a w ostateczności także do odrzucenia oferty w przypadku, o którym mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

W żadnym jednak przepisie ustawy nie ma mowy o tym, że Zamawiający muszą bądź nawet mogą wpływać na oferowane ceny. Wprost przeciwnie: z art. 16 ustawy PZP wynika, że:

„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy PZP oraz powiązaną z tym artykułem jednolitą linią orzeczniczą, zamawiający są obowiązani do jednoznacznego i wyczerpującego opisania przedmiotu zamówienia w ten sposób, by wykonawcy zainteresowani składaniem oferty w postępowaniu mieli jasność co do przedmiotu oferty, by następnie wykorzystać tę wiedzę do wyceny złożonej oferty.

Podobnie stwierdzono w ucchwała KIO z 2.07.2019 r., KIO/KD 45/19, LEX nr 2700221.: „Zatem, zgodnie z wyżej wymienionymi przepisami, sformułowany przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia powinien dawać wykonawcom możliwość przygotowania oferty i obliczenia ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników na nią wpływających. Obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia ciąży więc na zamawiającym, a nie na wykonawcach, którzy nie mają obowiązku poszukiwania potrzebnych informacji dla przygotowania oferty z innych źródeł niż SIWZ. Opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych powinno umożliwiać wykonawcy bez żadnych wątpliwości i dodatkowych interpretacji zidentyfikowanie, z jakich elementów składa się zamówienie oraz co będzie kluczowe i niezbędne do jego prawidłowej realizacji”.

Ponadto, zgodnie z § 16. ust. 4g rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 8 września 2015 r. w sprawie ogólnych warunków umów o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1194 z późn. zm.):

“W przypadku umowy, o której mowa w art. 159a ust. 1 ustawy, zmniejszenie współczynnika korygującego, o którym mowa w ust. 3, 4a, 4d i 4e, jest proporcjonalne do udziału w tej umowie ryczałtu systemu zabezpieczenia lub wartości świadczeń opieki zdrowotnej określonej dla szpitalnego oddziału ratunkowego lub izby przyjęć lub wartości świadczeń opieki zdrowotnej w rodzajach, których dotyczy wzrost, o którym mowa w ust. 4f pkt 1-5, bez uwzględnienia wskazanych w tej umowie wartości współczynników korygujących, leków i środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego objętych programami lekowymi oraz leków stosowanych w chemioterapii.”

Odesłanie w formularzem cenowym pakietu nr 2 stanowiącym załącznik nr 1a do SWZ do ceny współczynnikowej ustalonej przez NFZ nie stanowi jednoznacznego i wyczerpującego opisu oferty, przerzuca na zamawiającego obowiązek poszukiwania informacji z innych źródeł niż SWZ, które zgodnie z obecnym stanem prawnym nie przystają do przedmiotowej sprawy

Z powyższych powodów postanowienie zaproponowane przez Zamawiającego w treści Załącznika nr 1a dot. dostosowania ceny do ceny współczynnikowej ustalonej przez NFZ, narusza przepisy ustawy PZP i powinno ulec zmianie.

**Odp. Zamawiający wykreśla kwestionowany zapis pod formularzem cenowym w pakiecie nr 1 i 2**

**stanowiącym załącznik nr 1a do SWZ. W załączeniu zmodyfikowany załącznik nr 1a.**

**Pytanie nr 2:**

Zamawiający w § 4 ust. 1 lit. c wzoru umowy zastrzegł, iż Wykonawca zobowiązany jest do wykonywania dostaw „cito” w terminie do 12 godz. od chwili otrzymania zamówienia pisemnego, złożonego przez upoważnionych pracowników zamawiającego, którymi są: Kierownik Apteki Szpitalnej lub Z-ca Kierownika Apteki Szpitalnej

Zgodnie z obowiązującymi wewnętrznymi procedurami u Wykonawcy, dostawy realizowane są od poniedziałku do piątku, w związku z tym, czy Zamawiający wyrazi zgodę na dostawy w ciągu 12h w dni robocze?

Lek w pakiecie nr 2 nie jest lekiem na ratunek życia.

**Odp. Zamawiający wyraża zgodę.**

**Pytanie nr 3:**

Dotyczy zapisów umowy § 3 ust. 6

*„W przypadku opublikowania nowego Obwieszczenia Ministra Zdrowia w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych wydawanego na podstawie Ustawy o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 2555), w wyniku którego zmianie ulegają ceny leków będących przedmiotem niniejszej umowy, Dostawca zobowiązany jest każdorazowo do przesłania Zamawiającemu aneksu w formie pisemnej oraz faktury korygującej uwzględniających wprowadzone tym obwieszczeniem zmiany cen niezwłocznie, lecz nie później niż w terminie 14 dni od dnia otrzymania od Zamawiającego informacji o aktualnym stanie magazynowym posiadanych przez niego leków, których ceny ulegają zmianie. Dostawca ma prawo do dokonania kontroli stanu magazynowego w/w leków znajdujących się u Zamawiającego po uprzednim ustaleniu z Kierownikiem Apteki terminu kontroli.”*

W nawiązaniu do powyższych zapisów czy Zamawiający wyrazi zgodę, aby zmiana ceny produktu leczniczego, która jest wyższa niż limit finansowania wymagała aneksu do umowy, a brak obopólnej zgody na podpisanie aneksu, dotyczącego dostonowania ceny do limitu finansowania, wynikającego

z Obwieszczenia Ministra Zdrowia, może stanowić podstawę do rozwiązania umowy, co nie będzie jednoznaczne z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy przez Wykonawcę?

Uzasadnienie:

Zgodnie z art. 432 PZP, "Umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej." Powyższe oznacza, że wszelkie zmiany do jej treści powinny przyjąć formę pisemną, co jest zgodne z § 5 ust. 1 projektu umowy. Jednocześnie, w umowie zawarte zostały zapisy, które budzą wątpliwość, co do formuły wprowadzania zmian do umowy. O ile jest to zrozumiałe w odniesieniu do zmiany cen urzędowych danego produktu leczniczego, o tyle trudno zastosować tego typu automatyzm w przypadku zmiany ceny, które może być wynikiem innych zmian na listach refundacyjnych NFZ. Zmiana limitu finansowania, grup limitowych, sposobu finansowania, która może mieć wpływ na ostateczną cenę, każdorazowo powinna zostać poprzedzona odpowiednim aneksem do umowy. Dodatkowo, Wykonawca nie może być zobowiązany do podpisania aneksu, zmieniającego cenę, na której wysokość nie miał wpływu. W takim wypadku, zgodnie z zasadą swobody umów (art. 353 (1) KC), która obowiązuje również w odniesieniu do umów w sprawie zamówienia publicznego, powinna istnieć możliwość rozwiązania umowy za porozumieniem Stron bez negatywnych konsekwencji dla Wykonawcy.

**Odp. Zamawiający nie wyraża zgody.**